

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Faillite et droit de l'environnement

Tasiaux, Alexandra; Bosly, Thierry

Published in:
Amén.

Publication date:
2000

Document Version
le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Tasiaux, A & Bosly, T 2000, 'Faillite et droit de l'environnement: une co-existence impossible ', *Amén.*, p. 18-32.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

1. Le droit de la faillite et le droit de l'environnement répondent à deux logiques différentes.

Remontant à l'Italie médiévale, le droit de la faillite réglemente la situation du commerçant qui ne peut faire face à ses dettes. Son objectif est d'organiser une liquidation ordonnée du patrimoine du commerçant défaillant moyennant l'intervention d'un tiers, le curateur, qui, pour reprendre l'expression utilisée par la Cour de cassation, agit dans l'intérêt des créanciers et du failli⁽¹⁾. Si un souci d'assainissement du marché ou de prévention des troubles sociaux qu'occasionne la faillite n'est pas absent de cette législation, celle-ci a néanmoins pour objectif premier de protéger des intérêts privés: ceux des créanciers et, dans une moindre mesure, ceux du failli⁽²⁾.

Le droit de l'environnement est, pour sa part, d'origine plus récente[^]. Introduit initialement en droit belge par le biais de traités internationaux, il a connu, au cours des dernières décennies, un important développement. Poursuivant un objectif d'utilité publique, les règles en matière de protection de l'environnement visent à défendre l'intérêt commun, fût-ce au détriment d'intérêts individuels.

Les buts poursuivis par ces deux législations sont fondamentalement différents. Leur champ d'application également. On peut, dès lors, s'interroger sur la question de savoir si une coexistence entre ces deux législations est possible. Tel sera le fil conducteur de notre réflexion au cours de cette étude.

2. Dans un premier temps, nous procéderons à un bref rappel des principes applicables à l'entreprise en difficulté, de façon à définir le champ d'application de notre étude. Nous aborderons ensuite le point majeur d'interférence entre le droit de l'environnement et la faillite qui est le sort du passif environnemental. Dans un troisième et un quatrième temps, nous examinerons successivement les incidences respectives qu'ont ces deux types de législations l'une sur l'autre.

1. LA LÉGISLATION APPLICABLE À L'ENTREPRISE EN DIFFICULTÉ

3. Le droit de l'entreprise en difficulté est régi par la loi du 17 juillet 1997 sur le concordat judiciaire et la loi du 8 août 1997 sur les faillites⁽⁴⁾. Le nouveau régime mis en place par le législateur trouve son origine dans un constat d'échec⁽⁵⁾. L'explosion du nombre des faillites au cours des dernières années ainsi que la marginalisation de l'ancienne procédure de concordat révélaient le caractère obsolète de la législation en vigueur à l'époque ou, plutôt, le fait que celle-ci ressortait plus d'une approche palliative que d'une approche préventive de l'entreprise en difficulté⁽⁶⁾.

L'objectif de la nouvelle législation est de prévenir la faillite et d'offrir aux entreprises en difficulté un cadre

juridique qui leur permette de se redresser durablement[^]. C'est ainsi que la procédure de concordat judiciaire a pour vocation de devenir la procédure de base du droit de l'entreprise en difficulté. La faillite serait, pour sa part, réservée aux situations irrémédiables⁽⁸⁾.

La philosophie sous-jacente à la procédure de concordat judiciaire est d'accorder un moratoire temporaire à l'entreprise en difficulté pour lui permettre de se réorganiser et de proposer à ses créanciers un plan d'apurement de ses dettes. Durant ce moratoire, d'une durée maximale de six mois, renouvelable une fois trois mois⁽⁹⁾, les voies d'exécution des créanciers sont suspendues.

4. Sous cette réserve, la société en concordat poursuivra ses activités comme auparavant. Elle devra bénéficier des permis d'environnement et d'urbanisme nécessaires à l'accomplissement de ses activités et, par conséquent, remplir les obligations corrélatives qui sont exigées pour l'octroi ou le maintien de tels permis. Les procédures spécifiques, telle celle prévue par le *Bodemsaneringsdecreet*^{P°} à respecter en cas de cession de biens immeubles en Flandre devront être suivies par

* Les auteurs tiennent à remercier Messieurs Stéphane NICOLAS, directeur juridique à la Société Publique de Gestion de l'Eau, et Patrick CAROLUS, Substitut du Procureur du Roi à Bruxelles, qui leur ont fait l'amitié de bien vouloir les guider dans leurs recherches et les éclairer de leurs précieux conseils.

** Avocat au Barreau de Bruxelles, assistant à l'U.C.L.

*** Avocat au Barreau de Bruxelles.

(1) Cass., 2 mai 1994, *Bull.*, 1994, p. 433; Cass., 16 février 1995, *Bull.*, 1995, p. 182.

(2) Th. BOSLY, «Le curateur et l'enquête pénale relative aux infractions liées à la faillite», in *Rev. dr. pén.*, 1998, p. 465.

(3) Ph. COENRAETS, *Droit de l'environnement, Les grands arrêts de la jurisprudence belge*, Bruxelles, Larcier, 1996, p. 5.

(4) V., de manière générale, A. ZENNER, *Dépistage. Faillite & Concordats*, Bruxelles, Larcier, 1998, 1184 p.; I. VEROOGSTRAETE, *Manuel de la faillite et du concordat*, Diegem, Kluwer Editions Juridiques Belgique, 1998, 664 p.; *Le nouveau droit du concordat judiciaire et de la faillite: les lois des 17 juillet et 8 août 1997*, coll. Centre J. Renauld, Academia-Bruylant, Louvain-la-Neuve, 1997, 285 p.

(5) A. VERHEYDEN, «Projet de loi sur l'accord et le sursis de paiement - Comparaison avec l'expérience américaine», *L'entreprise en difficulté: vers un nouveau droit*, C.D.V.A., Coll. Scientifique de la Faculté de Droit, Liège, 1995, p. 95.

(6) *Doc. pari.*, Ch. repr., sess. extr. 1995-1996, n° 329/17, p. 3.

(7) Th. BOSLY, «La situation des créanciers dans le concordat judiciaire», *Le nouveau droit du concordat judiciaire et de la faillite: les lois des 17 juillet et 8 août 1997*, Louvain-la-Neuve, Centre J. Renauld, Academia-Bruylant, 1997, p. 97.

(8) Th. BOSLY et C. VAN BUGGENHOUT, «De quelques nouveautés introduites par la loi du 8 août 1997 sur les faillites», *R.D.C.*, 1998, p. 209.

(9) Art. 15 et 23 de la loi du 17 juillet 1997 sur le concordat judiciaire.

(10) Décret flamand du 22 février 1995 relatif à l'assainissement du sol.

l'entreprise en concordat. Il en va de même des obligations prévues au sein des législations sur les déchets, les sols contaminés ou encore les eaux usées qui reposent sur «l'exploitant», «le détenteur», «le possesseur», etc.

Par contre, les dettes nées avant l'octroi du sursis provisoire seront soumises à celui-ci¹¹. Ainsi, lorsqu'une autorité publique se substitue à l'entreprise défaillante pour assainir un site industriel avant l'octroi du sursis provisoire, la créance résultant du coût des travaux sera soumise à celui-ci. En d'autres termes, l'autorité publique ne pourra recouvrer par l'exécution forcée sa créance, celle-ci étant reprise dans le plan de redressement qui sera soumis au vote des créanciers.

5. Il existe de nombreux exemples, en droit de l'environnement, d'un tel pouvoir de substitution. Ainsi, le bourgmestre peut, en cas d'abstention de l'exploitant, prendre les mesures nécessaires pour mettre fin à un danger qui met gravement en péril la protection de l'environnement ou la sécurité et la santé de la population¹².

Dans l'hypothèse où des déchets sont susceptibles de constituer une menace grave, le bourgmestre ou l'Exécutif peut ordonner le transfert de ces déchets ou prendre toute mesure utile à ce sujet. Les frais de ces travaux sont à charge de celui qui a abandonné le déchet, si celui-ci a été abandonné régulièrement, de l'occupant ou du propriétaire des lieux dans les autres cas¹³. Il en va de même pour les dépôts sauvages de déchets, en ce compris s'ils ne présentent aucune menace: l'Agence régionale pour la Propreté est chargée de leur retrait¹⁴. Enfin, le producteur ou le détenteur de déchets est tenu d'assurer ou d'en faire assurer l'élimination. Le coût de cette élimination doit être supporté par le détenteur, les précédents détenteurs ou, à défaut, par le producteur du produit générateur de déchets¹⁵.

Une possibilité de substitution de la Région wallonne, de la province ou de la commune est également prévue si le propriétaire ne prend pas les mesures conservatoires nécessaires à la sauvegarde d'un bien classé¹⁶. Il en est de même dans la Région de Bruxelles-Capitale¹⁷. De plus, tant dans la Région de Bruxelles-Capitale que dans la Région wallonne, la personne physique ou morale de droit privé à qui appartient le bien classé peut exiger que la Région l'exproprie dudit bien¹⁸. Enfin, dans la Région de Bruxelles-Capitale, il est prévu qu'à l'expiration d'un permis d'urbanisme, le bien doit être remis dans son pristin état. Si le demandeur du permis n'a pas exécuté cette obligation, le collège des bourgmestre et échevins ou le fonctionnaire délégué peut procéder à cette remise en état et procéder à la vente des matériaux ainsi récupérés. Cette remise en état se fait aux frais du titulaire du permis défaillant¹⁹.

6. Ainsi, la loi sur le concordat judiciaire n'a pas d'incidence majeure sur l'exécution des obligations prévues par le droit de l'environnement, à l'exception des dettes nées avant le dépôt de la requête en concordat judiciaire qui seront soumises au plan de redresse-

ment établi par le débiteur. Nous ne nous y attardons pas davantage dans le cadre de la présente étude.

7. La situation est moins claire en cas de faillite. Le principe est que la faillite entraîne l'arrêt des activités du failli. Un curateur est nommé pour réaliser les actifs de celui-ci et en répartir le produit entre les créanciers. Quel est le sort réservé aux obligations environnementales? Sous certaines conditions, le curateur peut poursuivre provisoirement les activités du failli. Quelles en sont les conséquences en ce qui concerne les obligations environnementales? Ensuite, le curateur peut être amené à céder l'entreprise ou un immeuble du failli. Quelles sont les incidences environnementales sur ces cessions? Telles sont les questions auxquelles nous tenterons de donner une réponse au cours de cette étude.

// LE SORT DU PASSIF ENVIRONNEMENTAL EN CAS DE FAILLITE

8. Lorsque le site précédemment exploité par la société faillie comporte des déchets ou lorsque le sol ou le sous-sol est contaminé, se pose la question de savoir qui sera tenu de supporter le coût de la réhabilitation de ce site. Le sort à réserver au passif environnemental en cas de faillite d'une société industrielle est ainsi d'une importance cruciale, *a fortiori* lorsque les déchets ou les eaux contaminées présentent un danger grave pour la santé des riverains.

Le curateur doit-il, préalablement à toute distribution de dividende, assainir les terrains du failli ou, au contraire, faut-il considérer que le passif environnemental est soumis à la règle du concours entre les créanciers?

9. Avant de répondre à cette question, il convient de rappeler qu'en cas de faillite, comme d'ailleurs dans toute autre situation de concours, la règle est l'égalité entre les créanciers. Le principe est inscrit à l'article 8 de la loi hypothécaire. Les créanciers sont payés au

(11) Une controverse divise la doctrine sur la question de savoir à quel moment la cristallisation du passif doit intervenir, à savoir soit lors du dépôt de la requête en concordat judiciaire, soit lors de l'octroi du sursis provisoire.

(12) Art. 71, § 1^{er} du décret du 11 mars 1999 relatif au permis d'environnement.

(13) Art. 17 de l'ordonnance du 7 mars 1991 relative à la prévention et à la gestion des déchets.

(14) Art. 9 de l'ordonnance du 7 mars 1991 relative à la prévention et à la gestion des déchets.

(15) Art. 10 de l'ordonnance du 7 mars 1991 relative à la prévention et à la gestion des déchets.

(16) Art. 212 C.W.A.T.U.P.

(17) Art. 32, § 2 de l'ordonnance du 4 mars 1993 relative à la conservation du patrimoine immobilier.

(18) Art. 32, § 3 de l'ordonnance du 4 mars 1993 relative à la conservation du patrimoine immobilier et art. 212, al. 2 C.W.A.T.U.P.

(19) Art. 187 de l'ordonnance du 29 août 1991 organique de la planification et de l'urbanisme.

marc le franc lorsque les biens du débiteur sont insuffisants pour les désintéresser⁽²⁰⁾.

Il n'y a d'exception à ce principe que s'il existe entre les créanciers des causes légitimes de préférence, c'est-à-dire si certains créanciers sont titulaires de sûretés réelles. Selon l'adage classique «*pas de privilège sans texte*», les sûretés réelles ne peuvent, en outre, exister qu'en vertu d'une disposition législative expresse²¹. Or, dans l'état actuel de la législation, force est de reconnaître que le législateur n'a pas créé de privilège spécifique pour les dettes environnementales²². Celles-ci doivent, dès lors, être considérées comme chirographaires.

On peut toutefois se demander si le passif environnemental ne peut être qualifié de dette de masse, de sorte qu'il doive être acquitté par le curateur avant toute distribution de dividende.

1. LA NOTION DE «DETTE DE MASSE»

10. Le droit de la faillite distingue traditionnellement les dettes «dans la masse» des dettes «de masse». Les premières sont les dettes contractées par le failli. Elles sont soumises aux règles du concours et sont payées en fonction de l'ordre des privilèges. Ce sont, pour reprendre l'expression du Conseiller VEROUGSTRAETE, les créances «*crystallisées au moment de la mise en liquidation ou de la faillite*»²³. Les secondes sont les charges d'administration du patrimoine à liquider. Elles échappent au concours et sont payées par priorité, avant toute distribution de dividende²⁴.

Il s'agit, d'une part, des honoraires du curateur et, d'autre part, des frais et dépenses de l'administration de la faillite.

Bien que l'article 99 de la loi sur les faillites soit parfois avancé comme fondement juridique de la notion de dettes de masse, celle-ci repose fondamentalement sur des motifs économiques liés aux mécanismes de liquidation²⁵. Il s'agit d'assurer la sécurité de ceux qui ont traité avec le curateur. En effet, celui-ci aura fréquemment besoin, dans le cadre de sa mission, de recourir aux services de tiers: il souhaitera prolonger provisoirement la location d'un magasin le temps d'organiser la vente du stock du failli, il aura besoin d'électricité ou d'un raccordement à une ligne téléphonique, ... Sous peine de rendre impossible la liquidation, les obligations contractées dans ce cadre doivent impérativement être payées par priorité par rapport aux créances dans la masse. Les cocontractants du curateur doivent avoir la garantie d'être payés.

La solution est acquise depuis plus d'un siècle. Déjà, au XIX^e siècle, on enseignait, dans les *Pandectes*, que «*les frais et dépenses de l'administration de la faillite (...) comprennent les frais alloués pour la reddition de comptes, les honoraires des curateurs, les frais que peut entraîner l'exploitation de l'actif, lorsque les curateurs, conformément à l'article 529 (actuellement art. 47), ont reçu mandat de continuer cette exploitation. Il faut mettre sur la même ligne que les frais et dépenses de l'administration tout ce qui constitue une dette de la masse plutôt qu'une dette du failli, car quiconque est créancier de la masse doit pouvoir se faire payer sur*

l'actif qui appartient à cette masse avant que les différents créanciers qui la composent n'aient droit de se le distribuer»²⁶.

11. La définition de la notion de dette de masse a fait l'objet de nombreux débats en jurisprudence et en doctrine²⁷.

La Cour de cassation a mis un terme à ces discussions en rendant trois arrêts de principe le 16 juin 1988²⁸. Utilisant une formule identique, la Cour de cassation a décidé qu'une dette ne peut être qualifiée de dette de masse que «*lorsque le curateur a contracté qualitate quae des engagements en vue de l'administration de ladite masse, notamment en poursuivant l'activité commerciale de la société, en exécutant les conventions que celle-ci a conclues ou encore en utilisant les meubles ou les immeubles de la société, aux fins d'assurer l'administration convenable de la liquidation; que ce n'est que dans pareilles circonstances que la masse doit corrélativement assumer les obligations résultant de*

(20) F. T'KINT, *Sûretés et principes généraux du droit de poursuite des créanciers*, Bruxelles, Larcier, 1997, 2^e éd., p. 51.

(21) Cass., 17 octobre 1996, *Rev. prat. soc.*, 1997, p. 145 et obs. Th. BOSLY.

(22) Il convient toutefois de signaler un jugement du 26 février 1997 du juge des saisies près le Tribunal de première instance de Bruges qui décide que les frais relatifs à l'enquête d'orientation du sol effectués par le créancier hypothécaire saisissant ainsi que les éventuels travaux d'assainissement du site qui seraient exigés par l'OVAM doivent être payés par privilège conformément à l'article 1597 du Code judiciaire. En l'espèce, la Kredietbank avait exécuté l'hypothèque dont elle disposait sur un immeuble de son débiteur et avait entamé la procédure de réalisation forcée. Conformément aux dispositions prévues par le *Bodemsaneringsdecreet*, la Kredietbank avait entamé la procédure d'orientation du sol. Le juge des saisies a décidé que les frais relatifs à cette procédure ainsi que - et c'est un élément important - le coût des éventuels travaux d'assainissement qui seraient requis, tombent sous le champ d'application de l'article 1597 du Code judiciaire (Trib. Bruges (sais.), 26 février 1997, *T. Not.*, 1997, pp. 492-494). Si la solution nous paraît correcte, le cas d'espèce n'abordait que la situation spécifique des frais exposés conformément au *Bodemsaneringsdecreet* hors faillite de sorte que l'on ne peut en tirer une quelconque conclusion générale applicable au passif environnemental dans son ensemble.

(23) I. VEROUGSTRAETE, «Dettes de masse, privilèges et monnaie de faillite», *R.C.J.B.*, 1990, p. 20.

(24) Th. BOSLY et S. FRANKIGNOUL, «Le passif environnemental des sociétés faillies: dette de masse ou dette dans la masse - Essai de clarification», *Amén.*, 1998, p. 113.

(25) I. VEROUGSTRAETE, *Manuel du curateur de faillite*, Diegem, Kluwer Editions Juridiques Belgique, 1998, p. 399; J. CAEYMAEX, *La qualification de dette de la masse ou dans la masse*,

(26) *Pand.*, v° *Faillite*, t. 42, Bruxelles, Larcier, 1892, n° 2650.

(27) Ph. GERARD, «Observations sur la nature juridique des dettes et des créances de la masse des créanciers en cas de faillite», *R.C.J.B.*, 1986, p. 714; I. VEROUGSTRAETE, «Dettes de masse, privilèges et monnaie de faillite», *R.C.J.B.*, 1990, p. 18; J. CAEYMAEX, «La qualification de dette de la masse ou dans la masse», *J.L.M.B.*, 1988, p. 1092; Y. DUMON, «Dette de la masse et dette dans la masse», *J.T.*, 1988, p. 629; A. ZENNER, «Dettes dites 'de masse' et contrats en cours au moment de la faillite», *J.T.*, 1982, p. 85; A. ZENNER, «Nouveaux propos sur les contrats en cours et les dettes de masse», *R.D.C.*, 1983, p. 683; A. ZENNER, «Des frais et dépenses de l'administration de la faillite aux 'dettes de masse'», *Les créanciers et le droit de la faillite*, Bruxelles, Bruylant, 1983, p. 686; B. MAES, «Nieuwe rechtsspraak van het Hof van Cassatie over het begrip 'schuld van de boedeP'», *R.D.C.*, 1988, p. 741.

(28) Cass., 16 juin 1988, *Pas.*, 1988, I, p. 1250.

cette administration et supporter les charges qui lui incombent»⁽²⁹⁾.

Cette formule a été confirmée par la Cour de cassation dans ses arrêts ultérieurs, cette jurisprudence étant aujourd'hui constante⁽³⁰⁾.

12. Aux termes de cette définition, deux conditions sont nécessaires pour qu'une dette soit qualifiée de dette de masse.

La première condition est que la dette soit née après l'ouverture de la faillite. Si tel n'est pas le cas - en d'autres termes, si la dette trouve sa cause dans un fait antérieur au prononcé de la faillite -, elle sera nécessairement qualifiée de dette dans la masse. Ainsi, en matière d'environnement, si une autorité publique fait exécuter, en lieu et place de l'entrepreneur défaillant, des travaux d'assainissement ou de réhabilitation du site industriel de ce dernier, la créance qui en résultera sera nécessairement dans la masse et soumise au concours des créanciers si les travaux ont eu lieu antérieurement à l'ouverture de la faillite.

La seconde condition est qu'il existe un lien étroit entre cette dette et un acte posé par le curateur *qualitate qua* en vue de l'administration du patrimoine à liquider⁽³¹⁾. La dette doit être née de l'initiative du curateur. On vise ainsi «*les créances nées de contrats synallagmatiques dont l'exécution est poursuivie par le curateur ou qui sont nées après la faillite, les dettes nées de quasi-délits du curateur ainsi que les dettes nées de l'enrichissement sans cause de la masse*»⁽³²⁾.

Ces deux conditions doivent être remplies cumulativement. La notion de dette de masse étant une exception au principe de l'égalité des créanciers, elle doit s'interpréter restrictivement. La Cour de cassation a clairement affirmé le caractère limitatif de sa définition⁽³³⁾.

Mais ces conditions sont suffisantes. Dès lors qu'elles sont remplies, la dette est qualifiée de dette de masse. Il importe peu que les engagements pris par le curateur soient profitables ou non à la masse.

13. La problématique de la qualification de dette de masse a donné lieu à un important contentieux⁽³⁴⁾. Pour les besoins de la présente étude, nous nous limiterons à citer, à titre exemplatif, les deux cas suivants.

L'arrêt du 20 janvier 1994 de la Cour de cassation nous donne un premier exemple en matière de T.V.A.⁽³⁵⁾ Le problème posé était le suivant. Avant la faillite, le futur failli avait déduit, des taxes dont il était redevable, la T.V.A. qui avait grevé divers biens immeubles qu'il avait construits ou aménagés. Ces immeubles avaient ensuite été réalisés par le curateur sous le régime des droits d'enregistrement. Cette vente avait entraîné, en application de l'article 48, § 2 du Code de la T.V.A. et des articles 10 et 11, § 3 de l'arrêté royal n° 3 du 10 décembre 1969, la révision des déductions de T.V.A. effectuées par le failli et, partant, la naissance d'une dette de T.V.A. de 52.365 F.

Ni l'existence, ni le montant de la dette n'étaient contestés. Le litige portait sur la question de savoir si la dette de T.V.A. était une dette de masse ou non.

Tant le premier juge que le juge d'appel considéraient que cette créance ne pouvait être qualifiée de dette de masse pour le motif qu'elle était sans lien avec un acte dont le curateur aurait pris l'initiative.

La Cour de cassation a rejeté le pourvoi en considérant «*qu'en l'espèce la créance de (l'administration de la T. V.A.) ne résulte pas d'un engagement contracté par le (curateur) en vue de l'administration de la masse, mais de l'application de l'article 528 de la loi sur les faillites prévoyant la vente des immeubles du failli et de l'article 10 de l'A.R. n° 3 du 10 décembre 1969, précité, aux termes duquel la révision de la déduction des taxes ayant grevé ces immeubles doit s'opérer notamment lorsqu'ils cessent d'exister dans l'entreprise*»⁽³⁶⁾.

Bien que la créance soit née après l'ouverture de la faillite, la créance de l'administration de la T.V.A. ne peut être qualifiée de dette de masse car elle ne résulte pas d'un engagement du curateur *qualitate qua*.

14. Un autre exemple peut être trouvé dans un jugement récent du Tribunal de commerce de Verviers du 3 mars 1998⁽³⁷⁾. Les faits de la cause étaient relativement simples. Deux sœurs avaient donné en location à leur frère, pour les besoins de l'activité professionnelle de ce dernier, une maison sise à Saint-Vith. La faillite en nom personnel de leur frère était toutefois intervenue en cours d'exécution du contrat de bail. Le curateur avait poursuivi l'occupation des lieux pendant une durée de près d'un an après l'ouverture de la faillite et avait ensuite résilié unilatéralement le contrat de bail.

(29) Cass., 16 juin 1988, *o.c.*, p. 1252.

(30) Cass., 27 avril 1992, *Pas.*, 1992, I, p. 758; Cass., 20 janvier 1994, *Pas.*, 1994, I, p. 78; Cass., 30 mars 1995, *Pas.*, 1995, I, p. 374.

(31) L'exigence de cette seconde condition constitue un des acquis des trois arrêts du 16 juin 1988. Une controverse était, en effet, née au lendemain de l'arrêt du 30 mai 1968 de la Cour de cassation (*Pas.*, 1968, I, p. 1129) dont on avait cru pouvoir déduire que le seul fait que la dette trouve sa cause dans un fait survenant après l'ouverture de la faillite est suffisant pour la qualifier de dette de la masse sur base des attendus suivants: «*Attendu qu'il résulte de ces constatations que le droit de Lancel à une indemnité de congé et les droits des demandeurs Bouton et Gaillez à l'indemnité correspondant à la partie du délai de préavis restant à courir le 28 février 1962, lors de la rupture des contrats par les liquidateurs, sont nés après la mise en liquidation de la société défenderesse; Que ces trois créances sont, dès lors, des dettes de la masse; qu'il est sans pertinence à cet égard que les délais de préavis et, partant, les indemnités de congé doivent, conformément à l'article 15 des lois coordonnées du 20 juillet 1955, être calculées en fonction de l'ancienneté acquise dans l'entreprise au moment du licenciement, la masse devant éventuellement supporter les conséquences de cette disposition légale impérative, prise en faveur des employés*».

(32) I. VEROUGSTRAETE, *O.C.*, p. 400.

(33) I. VEROUGSTRAETE, *O.C. R.C.J.B.*, 1990, p. 23.

(34) V. les références citées par P. COPPENS et F. T'KINT, «Examen de jurisprudence, Les faillites, les concordats et les privilèges», *R.C.J.B.*, 1997, p. 183 ainsi que Mons, 2 novembre 1976, *Pas.*, 1977, II, p. 132; Liège, 7 avril 1982, *R.D.C.*, 1983, p. 266; Comm. Bruxelles, 18 octobre 1982, *R.D.C.*, 1983, p. 322; Comm. Liège, 7 juin 1983, *R.D.C.*, 1983, p. 661; Comm. Liège, 11 février 1986, *J.L.M.B.*, 1987, p. 1376.

(35) Cass., 20 janvier 1994, *Pas.*, 1994, I, p. 78.

(36) Cass., 20 janvier 1994, *ibid.*, p. 82.

(37) Comm. Verviers, 3 mars 1998, *R.R.D.*, 1998, p. 174.

Le contrat de bail prévoyait notamment que le preneur était tenu de rénover complètement les lieux loués à la fin du bail de façon à pouvoir permettre la réutilisation de ceux-ci à usage d'habitation. Sur cette base, Mesdames Doepgen avaient obtenu devant le Juge de paix du canton de Saint-Vith et, en appel, devant le Tribunal de première instance d'Eupen, une indemnité de remise en état des lieux loués fixée à 518.696 F.

Il était incontesté que les loyers dus pour l'occupation des lieux après la faillite constituaient des dettes de masse. Un litige était toutefois survenu sur la question de savoir si l'indemnité de remise en état des lieux devait être qualifiée de dette de masse. Le tribunal y a répondu par la négative en considérant que *«lorsque le curateur se limite, comme en l'espèce, à poursuivre momentanément les contrats en cours à prestations successives, le curateur n'a d'autre obligation que la contrepartie des prestations effectives postérieures à la faillite, tels les loyers qui sont des dettes de masse»*[^].

2. L'APPLICATION AU PASSIF ENVIRONNEMENTAL

15. La question de savoir si le passif environnemental doit être qualifié de dette de masse n'a pas encore été clairement tranchée par la jurisprudence. Il est donc périlleux, en l'état actuel, de tenter de définir les limites dans lesquelles le passif environnemental pourra être qualifié de dette de masse.

On peut toutefois tenter, au regard des critères retenus par la Cour de cassation et des premières décisions de jurisprudence rendues en la matière, de dégager certains principes. A cet égard, il nous semble qu'il faut distinguer quatre situations:

1. le site a été assaini, avant la survenance de la faillite, par l'autorité de contrôle compétente;

2. les travaux d'assainissement sont ordonnés postérieurement à l'ouverture de la faillite mais le site pollué n'est ni réalisé ni exploité par le curateur;

3. les travaux d'assainissement sont ordonnés postérieurement à l'ouverture de la faillite et le site pollué est réalisé par le curateur;

4. les travaux d'assainissement sont ordonnés postérieurement à l'ouverture de la faillite et le site pollué est exploité par le curateur.

2.1. Les travaux d'assainissement sont effectués avant faillite

16. Le coût des travaux d'assainissement ou de réhabilitation d'un site effectués, avant faillite, par l'autorité de contrôle compétente doit être considéré comme une dette dans la masse. Nous l'avons déjà exposé ci-avant; la solution peut être affirmée sans réserve.

La jurisprudence de la Cour de cassation est constante sur ce point depuis plus d'un siècle. La créance de l'autorité de contrôle étant née avant l'ouverture de la faillite, elle est nécessairement une créance dans la masse et subira le sort commun des créanciers du failli.

La solution est logique en droit de la faillite. Elle entraîne néanmoins une conséquence importante en

droit de l'environnement. Le site étant assaini, le seul débiteur de l'autorité de contrôle ayant effectué les travaux est la société faillie, à l'exclusion de l'éventuel acquéreur de ce site. Or, on sait que, dans la majorité des faillites, les créanciers chirographaires ne touchent qu'un faible dividende, voire même aucun dividende, l'essentiel des actifs servant à payer les dettes de masse et à désintéresser les créanciers privilégiés. La majeure partie du coût d'assainissement du site sera, dès lors, supportée, en définitive, par l'autorité publique compétente - et, partant, la collectivité - alors que si les travaux n'avaient pas été effectués, l'exécution de ceux-ci aurait pu être imposée au repreneur du site concerné.

Le paradoxe de la situation est que l'autorité de contrôle compétente qui, de façon prudente et diligente, et dans l'intérêt de la santé des riverains, a effectué les travaux d'assainissement du site à la veille de la faillite, se trouvera dans une situation plus défavorable que celle qui a négligé d'agir.

2.2. Le site pollué n'est ni réalisé ni exploité par le curateur

17. Lorsque le site pollué n'est ni réalisé ni exploité par le curateur, le coût des travaux d'assainissement qu'effectueraient l'autorité de contrôle compétente, même après l'ouverture de la faillite, ne peut être qu'une créance dans la masse. La seconde condition requise par la Cour de cassation n'est, en effet, pas remplie, en ce sens qu'il n'existe aucun lien entre cette créance et un acte d'administration de la faillite posé par le curateur.

La solution est conforme aux règles du droit de la faillite et nous paraît également pouvoir être considérée comme certaine.

18. Elle a été clairement affirmée par la Cour d'appel de Mons dans son arrêt du 18 novembre 1996⁽³⁹⁾. Le problème qui se posait, en l'espèce, était le suivant.

La S.A. Anciens Etablissements Debève (ci-après «Debève») était titulaire d'une concession portant sur une partie du Quai de Sambre concédée par le Port autonome de Charleroi. Dans le courant des mois de janvier et février 1986, des cendres provenant de l'incinération d'immondices avaient été déchargées par Debève à la demande d'une société Arrec S.A. Ces cendres avaient été rechargées sur camions par Debève mais, en raison de la défaillance du transporteur, 2.000 tonnes de résidus restèrent sur place. La faillite de la S.A. Arrec fut déclarée ouverte le 12 mars 1986 et celle de Debève le 26 novembre 1986. Les curateurs de Debève notifièrent immédiatement au Port autonome de Charleroi leur décision de ne pas poursuivre le contrat de concession.

Après avoir fait procéder à une enquête, la Région wallonne constata, en 1988, que le dépôt de déchets était irrégulier au sens de l'article 15 du décret régional

(38) Comm. Verviers, 3 mars 1998, o.c., p. 175.

(39) Pour une analyse de cet arrêt, v. Th. BOSLY et S. FRANKIGNOUL, o.c. Amén., 1998, pp. 113-116.

wallon du 5 juillet 1985 relatif aux déchets, qui interdit « d'abandonner un déchet dans un lieu public ou privé en dehors des emplacements autorisés à cet effet par l'autorité administrative compétente ou sans respecter les dispositions des règlements communaux relatifs à l'enlèvement des déchets ». En application de l'article 17, § 1^{er} du même décret qui dispose que « toute personne qui produit ou détient des déchets est tenue d'en assurer ou d'en faire assurer l'élimination », la Région wallonne exigeait que la curatelle procède ou fasse procéder à l'évacuation du dépôt irrégulier.

Le fait que Debève était, avant faillite, détentrice des déchets et, partant, tenue d'enlever ce dépôt irrégulier était incontesté. Le litige portait sur la question de savoir si le coût d'enlèvement de ces déchets devait être qualifié de dette de masse ou, au contraire, de dette dans la masse, ce qui ne pourrait donner lieu qu'à une inscription au passif chirographaire de la faillite.

19. Par jugement du 26 janvier 1993, le Tribunal de commerce de Charleroi a rejeté la demande de la Région wallonne et décidé que *via Région wallonne ne pourrait ainsi prétendre qu'à une admission de créance au passif chirographaire de la faillite, si elle venait à prendre en charge l'élimination des résidus d'immondices*»⁽⁴⁰⁾.

La Cour d'appel de Mons a confirmé ce jugement. La Cour a souligné que l'obligation d'assurer l'élimination des déchets était « née avant le prononcé du jugement de faillite, à l'occasion des activités déployées par la S.A. Debève alors qu'elle ne se trouvait pas encore en faillite (et) est demeurée telle lors de la survenance de la faillite et ne peut constituer, pour la Région wallonne, qu'une créance dans la masse, qui, faute d'être garantie par un quelconque privilège, ne pourrait donner lieu qu'à une inscription au passif chirographaire de la faillite, à concurrence des frais exposés par la Région pour assurer l'élimination des déchets »⁽⁴¹⁾. La Cour a également rappelé que « le droit à réparation du dommage causé par un acte illicite du failli est toujours une créance dans la masse, même si la situation illicite perdure, parce que le curateur subit une situation née avant la faillite à laquelle il n'a eu aucune part »⁽⁴²⁾.

Ayant constaté que les curateurs n'avaient accompli aucun acte matériel ou juridique de nature à leur conférer la qualité de « nouveaux détenteurs » des déchets litigieux, la Cour d'appel en a conclu que la créance potentielle de la Région wallonne ne pouvait pas être qualifiée de dette de masse.

La Cour d'appel de Mons faisait ainsi une stricte application des principes établis par la Cour de cassation dans ses arrêts du 16 juin 1988 qui nous paraît devoir être approuvée.

2.3. Le site pollué est réalisé par le curateur

20. La solution est plus complexe lorsque le site pollué est réalisé par le curateur. Il faut, à cet égard, distinguer deux sous-hypothèses.

La première est la plus simple. Le curateur considère qu'il est de l'intérêt des créanciers et du failli d'effectuer les travaux d'assainissement requis pour le motif

que cela entraînera une plus-value aux terrains concernés ou parce qu'une législation spécifique, telle le *Bodemsaneringsdecreet* l'exige. Les travaux d'assainissement résultant d'une initiative du curateur, leur coût sera traité comme une dette de masse.

La seconde sous-hypothèse est celle où le curateur n'entend pas exécuter les travaux d'assainissement mais réalise néanmoins le site litigieux. Faut-il considérer que le curateur devient le « propriétaire » ou le « détenteur » du site au sens de la législation environnementale et qu'il serait, partant, tenu d'en assurer l'assainissement?

21. Cette question a été abordée incidemment par le Conseil d'Etat dans son arrêt du 24 septembre 1993⁽⁴³⁾. Le cas d'espèce était le suivant.

Le Tribunal de commerce de Nivelles avait déclaré la faillite des Usines Emile Henricot par jugement du 15 novembre 1984. Parmi les actifs de la société faillie, les curateurs avaient trouvé deux sites industriels à Court-Saint-Etienne. Le premier site fut acquis par la commune de Court-Saint-Etienne.

Un litige survint à propos du second site. En effet, celui-ci fut désaffecté par le ministre de l'Aménagement du Territoire, de la Recherche, des Technologies et des Relations extérieures de la Région wallonne. La conséquence de cette décision était que le propriétaire du fonds désaffecté ainsi que ses éventuels acquéreurs ont l'obligation de remettre celui-ci en état avant qu'une nouvelle affectation puisse lui être rendue.

Les curateurs ont contesté la légalité de cette procédure de désaffectation pour des motifs sans pertinence pour la présente étude. L'intérêt de cet arrêt, pour notre propos, réside dans le fait que la nature de la dette environnementale y a fait l'objet d'une analyse incidente par le Conseil d'Etat.

22. Lorsqu'il aborde l'étude de cette question, le Conseil d'Etat rappelle tout d'abord que « la circonstance qu'une personne morale, propriétaire de biens compris dans un site désaffecté conformément aux articles 79 à 93 du Code wallon serait en état de faillite ou soumise à tout mode de liquidation et de répartition égalitaire du patrimoine ne la soustrait pas aux effets du Code; que l'entité en liquidation ou faillie reste titulaire de droits et de devoirs et que sa personne, survivant pour les fins de sa liquidation, reste apte à supporter des obligations légales nées postérieurement à l'ouverture de la faillite ou de la liquidation; que les dettes dues à cette cause constituent en règle des frais d'administration incombant à la masse »⁽⁴⁴⁾. Ainsi, si le curateur décide de réhabiliter le site du failli, les frais qui en résulteront seront qualifiés de dettes de masse.

Le Conseil d'Etat s'est ensuite attardé sur la nature de la mission du curateur. Celle-ci est d'administrer le

(40) Comm. Charleroi, 26 janvier 1993, *J.L.M.B.*, 1993, p. 1499.

(41) Mons, 18 novembre 1996, *Amén.*, 1998, pp. 163-165.

(42) *Ibid.*

(43) CE., arrêt n° 44226, 24 septembre 1993, *Amén.*, 1994, pp. 28-51.

(44) CE., arrêt n° 44226, 24 septembre 1993, *o.c.*, p. 32.

patrimoine du failli dont ce dernier est dessaisi. Le Conseil d'Etat a souligné que, dans ce cadre, les curateurs «sont libres d'apprécier prudemment l'opportunité de prendre ou non en charge un programme de rénovation, selon qu'un tel programme est de nature à valoriser ou non les intérêts de la masse et du failli, et pour autant qu'il soit réalisable sans excéder l'actif»⁴⁵. Ce faisant, le Conseil d'Etat considère, à notre avis, fût-ce implicitement, que les curateurs ne sont pas tenus d'exécuter un ordre de remise en état d'un site désaffecté et, partant, que le passif environnemental qui en résulte, ne peut être qualifié de dette de masse.

Cette solution nous paraît devoir être approuvée. Les obligations d'assainissement ou de réhabilitation d'un site pollué reposent sur le patrimoine du failli. Dès lors que ces obligations sont nées avant la faillite, la dette qui en résulte doit être qualifiée de dette dans la masse. Il n'en irait autrement, selon la jurisprudence de la Cour de cassation, que si les curateurs posent, dans le cadre de l'administration de la faillite, un acte de nature à reprendre ces obligations. Tel serait notamment le cas si les curateurs décident volontairement d'assainir le site en vue de le réaliser à un meilleur prix.

Par contre, le seul fait de réaliser le site litigieux ne peut, à notre avis, avoir pour conséquence que le passif environnemental soit qualifié de dette de masse. Il appartiendra, le cas échéant, à l'acquéreur du fonds litigieux d'effectuer les démarches et travaux nécessaires à la réaffectation de celui-ci.

23. La solution découle de la nature de la mission du curateur⁴⁶. Ce dernier ne reprend pas les droits et obligations du failli. Il est un mandataire de justice qui exerce, pour reprendre la définition proposée par la Cour de cassation, les pouvoirs qui lui sont conférés par la loi dans l'intérêt des créanciers et du failli⁴⁷. Son rôle est d'administrer le patrimoine du failli en vue de sa liquidation.

Le dessaisissement du failli n'opère aucun transfert de propriété, ni même de possession en faveur du curateur. Le failli n'est pas dessaisi de son patrimoine mais uniquement de l'administration de celui-ci, laquelle est confiée au curateur. Ceci a pour conséquence que, nonobstant la faillite, c'est le même patrimoine qui continuera à supporter les charges environnementales. En ce sens, le curateur ne devient pas le nouveau propriétaire, voire même le nouveau détenteur du site industriel du failli. La propriété de ce site reste dans le patrimoine du failli, la mission du curateur se limitant à réaliser ce patrimoine après l'avoir reconstitué.

Dans cette mesure, ni la nature ni l'étendue de l'obligation d'assainissement du site pollué ne subissent de modification par l'effet de la faillite. La survenance de la faillite n'étend pas *ipso facto* les obligations environnementales au curateur.

Le fait de réaliser un immeuble du failli sur lequel se trouveraient des déchets ne peut, à notre avis, constituer en lui-même un lien étroit entre la dette qui en résulte et un acte d'administration de la faillite posé par le curateur. Le passif environnemental ne peut, partant, être qualifié de dette de masse.

24. La Cour d'appel d'Anvers a adopté une position différente dans son arrêt du 25 avril 1995⁴⁸. Les faits de la cause étaient toutefois particuliers, de sorte qu'il ne nous apparaît pas que cet arrêt puisse être considéré comme un arrêt de principe^(48bis).

La société Secuur N.V. (ci-après «Secuur») fut déclarée en faillite par jugement du 17 avril 1986 du Tribunal de commerce d'Anvers. Parmi les actifs de la faillite se trouvait un immeuble.

Après avoir effectué une visite sur place, le commissaire-adjoint de la police d'Anvers dressa un procès-verbal le 4 mars 1987 en constatant la présence de débris sur le terrain concerné et le fait que le bâtiment était en mauvais état. Le même procès-verbal concluait que ce bâtiment présentait un danger pour la sécurité publique et recommandait d'ordonner sa démolition.

A la suite d'une plainte d'un voisin, le bourgmestre prit un arrêté ordonnant au curateur de clôturer le terrain, d'en retirer les débris et de faire démolir le bâtiment. A défaut d'exécution par le curateur, le bourgmestre prit l'initiative de faire exécuter les travaux par la commune.

25. Ni la nécessité des travaux, ni leur coût n'étaient contestés. A nouveau, le litige portait sur la question de savoir si le coût des travaux devait être considéré comme une dette de masse ou non.

La Cour d'appel d'Anvers répondit à cette question par l'affirmative. Son raisonnement est le suivant.

La Cour souligne, tout d'abord, que l'arrêté du bourgmestre a été pris après l'ouverture de la faillite. Ensuite, la Cour insiste sur le fait que le curateur était au courant de la situation des biens immobiliers concernés et qu'il a laissé la commune exécuter les travaux en ne s'y opposant pas. Enfin, la Cour constate que la masse a bénéficié des travaux litigieux dans la mesure où les biens ont pu être réalisés à un prix qui tenait compte de la plus-value résultant desdits travaux.

Dans des termes sévères pour le curateur, la Cour d'appel souligne, d'ailleurs, que celui-ci a, en fait, probablement spéculé sur l'exécution des travaux par

(45) *Idem*.

(46) V., sur cette question, Ph. GÉRARD, *O.C., R.C.J.B.*, 1986, pp. 728-736; F. T'KINT et W. DERIJCKE, «Exposé des principaux points à propos desquels le régime de la faillite a évolué au cours des dernières décennies», *Ami. Dr.*, 1997, p. 82; Th. BOSLY, *O.C., Rev. dr. pén.*, 1998, pp. 456-458.

(47) Cass., 2 mai 1994, *Bull.*, 1994, p. 443; Cass., 16 février 1995, *Bull.*, 1995, p. 184.

(48) Anvers, 25 avril 1995, *R.D.C.*, 1996, p. 549.

(48bis) Nous apprenons au moment de terminer la vérification des preuves de la présente étude qu'un pourvoi en cassation vient d'être formé contre cet arrêt.

la commune pour obtenir un meilleur prix de vente de l'immeuble concerné⁽⁴⁹⁾.

Partant, la Cour d'appel d'Anvers en conclut que les frais exposés par la commune d'Anvers doivent être considérés comme une dette de masse et confirme la décision du premier juge.

26. La doctrine réserva un accueil mitigé à cet arrêt⁽⁵⁰⁾. Comme l'écrit, à juste titre, P. HENFLING, «*les frais engagés par la commune d'Anvers ne constituaient pas des dépenses engagées par le curateur en vue de l'administration de la masse, mais ces frais étaient utiles pour la conservation de l'immeuble faisant partie de la masse*»⁽⁵¹⁾.

Nous ne pouvons que souscrire à ces réserves. La décision de la Cour d'appel d'Anvers était, sans doute, motivée par de légitimes motifs d'équité eu égard aux circonstances de l'espèce. La qualification de dette de masse est toutefois étrangère à cette considération, tout comme d'ailleurs est sans pertinence la question de savoir si les frais ont profité ou non à la masse. La jurisprudence de la Cour de cassation est claire sur ce point : les deux seules questions qui doivent être posées est de savoir si les frais ont été exposés après l'ouverture de la faillite et s'il existe un lien entre ces dettes et un acte d'administration du curateur.

Il pourrait, par contre, en aller autrement si les faits de la cause démontraient que les curateurs ont, par leur abstention, accepté tacitement les travaux de remise en état du site; ce qui aurait pu être le cas en l'espèce. Cet argument nous semble plus conforme à la jurisprudence de la Cour de cassation. Il n'a toutefois pas été avancé par les parties requérantes, de sorte que la Cour d'appel n'a pu en examiner la pertinence.

2.4. Le site pollué est exploité par le curateur

27. Lorsque le curateur poursuit temporairement les activités du failli, les engagements pris, dans ce cadre, ont la qualité de dettes de masse. Le passif environnemental qui résultera de cette poursuite d'activités devra être considéré comme étant une dette de masse.

Cette question fera l'objet d'une analyse plus approfondie au point 3.2. ci-après. Nous nous permettons d'y renvoyer le lecteur.

3. L'EXPÉRIENCE NORD-AMÉRICAINNE COMME SOURCE D'INSPIRATION?

3.1. La situation aux Etats-Unis d'Amérique

28. La problématique du sort du passif environnemental en cas de faillite fait l'objet, aux Etats-Unis, de nombreux débats, tant en doctrine qu'en jurisprudence⁽⁵²⁾.

De nombreuses entreprises ont, en effet, introduit une procédure de faillite afin d'éviter de devoir supporter les coûts de remise en état de sites pollués, en application du *Comprehensive Environmental Response Compensation and Liability Act* adopté en 1980 (ci-après «CERCLA»)⁽⁵³⁾. Il s'en est suivi un important contentieux sur la question de savoir si les obligations

d'assainissement des sites pollués doivent être assumées par priorité par l'entité en faillite au détriment des autres créanciers*⁵⁴ et plus particulièrement si elles peuvent être qualifiées d'*administrative expense*⁽⁵⁵⁾.

29. Cette question n'a pas encore été tranchée clairement par la Cour Suprême des Etats-Unis d'Amérique. Celle-ci a certes été amenée, à deux reprises, à aborder la question du sort du passif environnemental en cas de faillite du débiteur mais de façon indirecte de sorte que la problématique reste ouverte.

30. Le premier arrêt de la Cour Suprême est celui rendu dans l'affaire *Ohio v. Kovacs*.

Chem-Dyne Corporation (ci-après «Chem-Dyne») exploitait une usine de traitement des déchets toxiques dans l'Ohio. L'Etat d'Ohio introduisit une action contre Chem-Dyne pour un problème de pollution des eaux. A la suite de cette action, un *receiver* («administrateur judiciaire») fut désigné pour exécuter l'ordre d'assainissement. Avant que celui-ci ne puisse

(49) La Cour constate ce qui suit: «*Overwegende dat uit geen enkel stuk blijkt dat eerste geïntimeerde tussen het ogenblik van zijn aanstelling als curator en de effectieve uitvoering van de werken er bij de hypothécaire schuldeiser op aangedrongen heeft om de verkoop zo spoedig mogelijk te realiseren; dat eerste geïntimeerde ook appellante niet heeft gecontacteerd met verzoek de werken eventueel uit te stellen lot na de verkoop van de betrokken onroerende goederen. Overwegende dat op basis van de overgelegde stukken (o.m. de motivering van de verzoekschriften d.d. 26 mei 1986 en 25 november 1987 van eerste geïntimeerde aan de voorzitter van de Rechtbank van Koophandel) het er aile schijn van heeft dat de curator gespecificeerd heeft op de uitvoering van de werken door appellante om aldus een hogere verkoopprijs te kunnen bekomen die, gelet op de omvang van de bevoorrechte schuld, uitsluitend ten goede kwam aan tweede geïntimeerde*» (p.553).

(50) P. COPPENS et F. T'KINT, «Examen de jurisprudence: Les faillites, les concordats et les privilèges», *R.C.J.B.*, 1997, p. 187; P. HENFLING, «La poursuite des activités - les dettes de la masse», *La faillite et le concordat en droit positif belge après la réforme de 1997*, Liège, C.D.V.A., 1998, pp. 467-468.

(51) P. HENFLING, *O.C.*, p. 468.

(52) V. e.a., sur cette question, Lynn T. MANOLOPOULOS, «A Congressional Choice: The Question of Environmental Priority in Bankrupt Estates», 9 *U.C.L.A. J. Envtl. L. & Pol'y* 73, 1990; Robert Me NEAL, «The Dischargeability of Environmental Liabilities in Bankruptcy», 6 *Tul. Envtl. L.J.* 61, 1992; Janette BRIMMER, «Environmental Issues in Bankruptcy: an Overview», 3 *Wis. Envtl. L.J.* 159, 1996; David H. TOPOL, «Hazardous Waste and Bankruptcy: Confronting the Unasked Questions», 13 *Va. Envtl. L.J.* 185, 1994; Linda JOHANNSEN, «United States vs. Whizco, Inc.: a Further Refinement of the Conflict between Bankruptcy Discharge and Environmental Cleanup Obligations», 20 *Envtl. L.* 207, 1990; Joseph P. CISTULLI, «Striking a Balance Between Competing Policies: the Administrative Claim as an Alternative to Enforce State Clean-up Orders in Bankruptcy Proceedings», 16 *B.C. Envtl. Aff. L. Rev.* 581, 1989; Catherine A. BARTH, «EPA runs 'CERCLAs' around Bankruptcy Law: In Re CMC Heartland Partners», 5 *Vill. Envtl. L.J.* 203, 1994.

(53) Contrairement à la situation applicable en droit belge, l'introduction d'une procédure de faillite ne met pas nécessairement fin aux activités de la société. Selon la procédure choisie, la société en faillite poursuivra ses activités dans le but de redresser sa situation ou procédera à la liquidation de ses actifs.

(54) David H. TOPOL, *O.C.*, p. 185.

(55) L'expression «administrative expense», utilisée par le «Bankruptcy Code», recouvre, sous certaines réserves, la notion de droit belge de dette de masse.

exécuter les travaux, l'administrateur-délégué et actionnaire principal de Chem-Dyne, un dénommé Kovacs, fit aveu de faillite. La question en litige était de savoir si l'excusabilité du failli couvrait les obligations environnementales. L'Etat d'Ohio soutenait que tel n'était pas le cas car Chem-Dyne n'avait pas de «dettes» au sens de la législation sur les faillites et que sa demande se limitait à forcer Chem-Dyne à exécuter un ordre de police.

La Cour Suprême rejeta cet argument et considéra qu'en obtenant la nomination d'un *receiver*, l'Etat d'Ohio avait transformé les obligations de Kovacs d'assainir le site en une obligation de payer le coût des travaux effectués par le *receiver*. Partant, la Cour Suprême décida que l'excusabilité accordée au failli couvrait la créance de l'Etat d'Ohio relative aux travaux réalisés pour assainir un site pollué car cette créance devait être considérée comme chirographaire⁽⁵⁶⁾.

Il est malaisé de vouloir tirer des conclusions importantes de l'arrêt *Ohio v. Kovacs*. La Cour Suprême n'a, en effet, pas exclu, dans ses motifs, la possibilité, pour le passif environnemental, d'être qualifié d'*administrative expense*, si ce n'est dans l'hypothèse spécifique d'une créance de sommes née avant la faillite.

31. Le second arrêt de la Cour Suprême est celui rendu dans l'affaire *Midlantic National Bank v. New Jersey Department of Environmental Protection*[^] (ci-après «l'arrêt Midlantic»).

Les faits de la cause étaient les suivants. La société *Quanta Resources* (ci-après «Quanta») exploitait un centre de traitement d'huiles usées. Le département pour la protection de l'environnement de l'Etat du New Jersey avait constaté que Quanta avait recueilli 400,000 gallons d'huiles contaminées en violation de son permis d'exploitation. Des négociations avec Quanta avaient été entamées pour convenir d'un programme d'assainissement. Quanta fit entre-temps aveu de faillite. Peu de temps après, le département pour la protection de l'environnement prit un ordre enjoignant Quanta d'assainir le site. Compte tenu du coût de réhabilitation du site litigieux, le curateur souhaitait abandonner celui-ci.

La Cour Suprême refusa ce droit au curateur. Elle décida que le curateur n'avait pas le droit d'abandonner de biens pollués lorsque cela mettait en danger la santé et la sécurité publiques et, par conséquent, qu'il était tenu de procéder à l'assainissement du site concerné. Dans cet arrêt, la Cour Suprême considère le développement du droit de l'environnement comme l'expression d'une volonté du législateur de faire prévaloir de telles dispositions par rapport à la possibilité offerte au curateur, dans le code des faillites, d'abandonner certains biens⁽⁵⁸⁾.

Bien que cet arrêt paraisse, *a priori*, plus explicite, la doctrine reste divisée sur les conclusions à en tirer. Pour certains, la question de la qualification du coût de réhabilitation d'un site pollué comme *administrative expense* n'est pas tranchée par l'arrêt Midlantic. Ces auteurs se basent sur le fait que la Cour Suprême a expressément réservé à statuer sur la question de

l'incidence des législations environnementales des Etats fédérés imposant des conditions spécifiques à l'abandon de terrains pollués sur les principes applicables en droit de la faillite⁵⁹. D'autres auteurs soutiennent, au contraire, que, si le curateur ne peut abandonner les terrains pollués, il doit se conformer à la législation environnementale et doit, par conséquent, assumer le coût de réhabilitation du site concerné⁽⁶⁰⁾.

32. Les juridictions inférieures ont, par contre, traité directement de la question du statut d'*administrative expense* du passif environnemental. Force est toutefois de constater que la jurisprudence reste divisée.

Le paiement par priorité des *administrative expenses* est consacré à l'article 503, (b), (1), (A) du *Bankruptcy Code* qui les définit comme étant les dépenses nécessaires à la préservation du patrimoine du failli. La philosophie sous-jacente au traitement préférentiel de ces frais est identique à celle relative au statut des dettes de masse en droit belge.

La jurisprudence exige classiquement que trois conditions soient remplies pour qu'une dette soit qualifiée d'*administrative expense*: la dette doit être postérieure à la faillite, elle doit être bénéfique à la masse et être nécessaire pour prévenir un danger imminent[^].

L'application de ces trois critères au passif environnemental a donné lieu à de nombreuses controverses, et ce d'autant plus qu'un quatrième critère intervient en matière environnementale, à savoir le caractère «non-monnaire» des obligations.

33. Le critère de la postériorité a donné lieu à une intéressante décision dans l'affaire *in re Giltex*⁶². Dans ce jugement, le Tribunal des faillites du district Sud de New York a décidé que le coût d'enlèvement de déchets n'était pas une *administrative expense* dans la mesure où ceux-ci avaient été déposés sur le site litigieux quelques heures avant l'aveu de faillite. Le tribunal a ainsi considéré que la dette était née antérieurement à la faillite et qu'elle devait, par conséquent, être soumise au concours des créanciers.

Une telle position relève d'une application rigoureuse des règles de la faillite. Elle paraît toutefois peu conforme à l'évolution du droit de l'environnement qui tend à étendre le champ des responsabilités au-delà du pollueur originel⁽⁶³⁾. C'est ainsi que d'autres juridictions ont adopté une position différente, considérant qu'un ordre d'assainissement d'un site adopté postérieurement à la faillite pouvait avoir le statut d'*admi-*

(56) *Ohio v. Kovacs*, 469 U.S. 274 (1985).

(57) *Midlantic National Bank v. New Jersey Department of Environmental Protection*, 474 U.S. 494.

(58) Joseph P. CISTULLI, *o.c.*, p. 596.

(59) Janette BRIMMER, *O.C.*, p. 172.

(60) Joseph P. CISTULLI, *O.C.*, p. 596.

(61) Joseph P. CISTULLI, *O.C.*, p. 588.

(62) *In re Giltex*, 4 *Bankr. Ct. Dec. (CRR)* 1066 (Bankr. S.D.N.Y. 1978).

(63) Sur la problématique de la responsabilité civile en droit de l'environnement, v. e.a. P. CAROLUS, «L'impact du principe de précaution sur le droit de la responsabilité civile», *D.A.O.R.*, n° 46, 1998, pp. 21-43 ainsi que les nombreuses références qui y sont citées.

nistrative expense, et cela même si les conditions requises pour un tel ordre étaient remplies avant la faillite⁶⁴».

Tout comme en droit belge, lorsque le site est assaini avant la faillite, le coût des travaux réalisés par l'autorité publique de contrôle sera soumis au concours et sera traité comme une créance chirographaire⁶⁵». La situation est également claire lorsque la pollution est causée postérieurement à la faillite. Le coût d'enlèvement de cette pollution est généralement traité comme une *administrative expense*⁶⁶».

34. Le second critère, à savoir le caractère profitable pour la masse des frais exposés par le curateur ou le débiteur⁶⁷», est plus problématique en matière d'environnement. Le coût de réhabilitation du site pollué peut se révéler excessif par rapport au bénéfice retiré par la masse des créanciers. On retrouve ainsi un exemple, dans la jurisprudence américaine, où le statut d'*administrative expense* a été refusé en raison du fait que le bénéfice retiré par les créanciers était trop indirect et faible⁶⁸.

Par contre, d'autres juridictions ont considéré que le coût d'enlèvement de déchets toxiques bénéficie à la masse des créanciers en ce sens que cela permet à la société faillie de se conformer à la législation environnementale et d'éviter une augmentation du passif en cas d'abandon du site pollué. Dans l'affaire *Stevens*, le tribunal des faillites a ainsi lié le second critère, à savoir le bénéfice retiré par la masse, à celui du danger imminent pour la santé publique. Compte tenu du caractère toxique des déchets, leur abandon risquait d'avoir des conséquences sur la santé des riverains; ce qui entraînerait une responsabilité de la société faillie. Le tribunal a ainsi pu considérer qu'il était de l'intérêt de la masse faillie et de ses créanciers d'éviter une telle responsabilité⁶⁹».

3.2. La situation au Canada

35. La solution adoptée par le droit canadien a été fortement influencée par l'expérience des Etats-Unis, et plus particulièrement par l'arrêt *Midland*.

L'arrêt *Panamerica de Bienes y Servicios S.A. v. Northern Badger Oil & Gas Ltd*⁷⁰ (ci-après «arrêt *Panamerica*») est traditionnellement cité comme le premier arrêt abordant la question du sort du passif environnemental en cas de faillite. *Northern Badger Oil & Gas Ltd* (ci-après «*Northern Badger*») était un producteur de pétrole et de gaz qui exploitait divers puits. Parmi ces derniers se trouvaient sept puits désaffectés qui présentaient un risque important de pollution. *Northern Badger* se trouva en cessation de paiements avant d'avoir assaini ces puits. Un *receiver-manager* fut désigné par le principal créancier privilégié. La faillite fut prononcée ultérieurement et un curateur fut nommé.

Le *receiver-manager* poursuivit provisoirement les activités de *Northern Badger* et prépara la vente de ses actifs. Toutefois, en dépit d'un ordre formel émis par les services provinciaux de conservation des ressources énergétiques, le *receiver-manager* n'a pas pro-

cédé aux travaux d'assainissement du site. Au contraire, il réalisa les actifs intéressants au profit des créanciers privilégiés et abandonna au curateur les puits pollués.

La Cour d'appel ordonna au *receiver-manager* d'exécuter l'ordre émis par les services provinciaux avant toute distribution de dividende aux créanciers privilégiés. La Cour d'appel opéra une distinction intéressante entre les obligations environnementales qu'elle qualifie de «*liability*» et les créances («*daims*») qui sont soumises au concours des créanciers. La Cour poursuivit son raisonnement en énonçant que l'obligation d'assainir les puits avant de les abandonner n'était pas due envers une quelconque autorité administrative mais bien envers l'ensemble des citoyens.

36. L'arrêt *Panamerica* a donné lieu à une importante jurisprudence de 1992 à 1997, dont la tendance majoritaire visait à étendre les responsabilités relatives au passif environnemental⁷¹. Ainsi, les cours et tribunaux ont considéré que les *receivers* avaient la charge, la gestion et le contrôle des actifs dont le débiteur était dessaisi et, partant, qu'ils étaient soumis au respect des dispositions environnementales.

Certaines juridictions ont même été jusqu'à décider que des créanciers, qui n'étaient ni administrateurs, ni même actionnaires de la société faillie, pouvaient être tenus personnellement responsables du passif environnemental en raison du fait qu'ils avaient exercé un contrôle de fait sur la société⁷²».

37. Cette évolution de la jurisprudence a suscité de vives inquiétudes dans la communauté financière ainsi que chez les *receivers*⁷³. Le législateur canadien a été sensible à cette préoccupation et a modifié en conséquence la loi sur les faillites le 25 avril 1997.

La loi canadienne sur les faillites établit dorénavant les principes suivants:

- ni les curateurs, ni les *receivers* ne peuvent être tenus personnellement responsables de la pollution intervenue avant la faillite;

- le curateur peut abandonner les sites pollués ayant une valeur négative. En pareille hypothèse, le curateur n'est pas tenu de procéder aux travaux d'assainissement;

(64) *In re Stevens*, 68 *Bankr.* 774 (Bankr. D. Me. 1987); *In re DISTRIGAS*, 66 *Bankr.* 382 (Bankr. D. Mass. 1986).

(65) *In re Dant & Russel, Inc.*, 61 *Bankr.* 668 (Bankr. D. Or. 1985).

(66) *In re Pierce Coal & Constr.*, 65 *Bankr.* 521 (Bankr. N.D. W.Va. 1986).

(67) Le droit de la faillite des Etats-Unis ne prévoit pas automatiquement la désignation d'un curateur en cas de faillite. Dans certaines hypothèses, le débiteur conserve la direction et la maîtrise de ses affaires malgré la faillite.

(68) *Chicago, Rock Island and Pacific Railroad Company v. Iowa Department of Transportation*, 756 F.2d 517 (7th Cir. 1985).

(69) *In re Stevens*, 68 *Bankr.* 11A (Bankr. D. Me. 1987).

(70) *Panamerica de Bienes y Servicios S.A. v. Northern Badger Oil & Gas Ltd*, 8 C.B.R. (3d) 31.

(71) D. SAXE, «Trustees' and Receivers Environmental Liability Update», 49 C.B.R. (3d) 147.

(72) *Bell and Harris v. Director (Appletex)*, 13 C.E.L.R. (N.S.) 257.

(73) D. SAXE, O.C. p. 159.

- lorsqu'un ordre d'assainissement est émis par une autorité administrative, le curateur dispose en principe d'un délai de 10 jours pour décider s'il abandonne le terrain litigieux, s'il exerce un recours contre cet ordre ou décide de l'exécuter;

- le passif environnemental constitue une créance au sens de la loi sur les faillites;

- l'Etat dispose d'un super-privilege sur les actifs pollués pour le coût d'assainissement du site.

La solution proposée par le législateur canadien consacre le droit du curateur d'abandonner les terrains pollués. En pareille hypothèse, l'Etat canadien est en droit d'exécuter les travaux d'assainissement du site litigieux mais il dispose d'un super-privilege sur ce bien.

3.3. Les acquis de cette expérience

38. L'expérience des droits américain et canadien est intéressante à plus d'un titre. En effet, dans ces deux pays, la jurisprudence a connu une tendance visant à qualifier le passif environnemental de dettes de masse. Tant aux Etats-Unis d'Amérique qu'au Canada, cette question a fait l'objet de débats houleux, de décisions en sens divers et d'une controverse importante. La justification de cette controverse nous paraît résider dans le fait que la notion de passif environnemental ou plutôt d'obligations environnementales ne s'intègre pas parfaitement dans la notion de dettes au sens de la loi sur les faillites. Partant, toute tentative de qualifier ces obligations de dettes de masse se révèle problématique.

La controverse a pu être résolue au Canada grâce à l'intervention du législateur. Nous ne pouvons qu'approuver une telle intervention. Le sort du passif environnemental en cas de faillite ne peut se résoudre qu'au terme d'un conflit de valeurs qui ressort, nous semble-t-il, de la compétence du législateur. L'option prise au Canada a été celle de l'octroi d'un super-privilege pour le passif environnemental. Elle témoigne d'un choix, qui peut éventuellement être critiquable au niveau de l'opportunité, mais qui est cohérent d'un point de vue juridique.

III. LES INCIDENCES DE LA PROCÉDURE DE FAILLITE SUR LES RÈGLES ENVIRONNEMENTALES

1. L'INOPPOSABILITÉ À LA MASSE DES VENTES D'IMMEUBLES NON TRANSCRITES AVANT FAILLITE

39. Le respect de certaines procédures environnementales, telle celle prévue par le *Bodemsaneringsdecreet*, peut retarder la passation de l'acte authentique de vente d'un immeuble. La règle ne pose pas de problème majeur en soi lorsque la solvabilité du vendeur n'est pas sujette à caution.

Il en va, par contre, autrement en cas de faillite du vendeur de l'immeuble entre la signature du compromis de vente et la transcription de l'acte authentique. La vente sera, en effet, inopposable au curateur.

40. Il convient de procéder à un bref rappel des caractéristiques du contrat de vente immobilière pour comprendre la justification de cette inopposabilité.

Bien que la vente immobilière soit un contrat consensuel, celle-ci n'est opposable aux tiers que moyennant le respect d'un certain formalisme, à savoir la transcription au bureau des hypothèques de l'acte authentique de vente. L'article 1^{er} de la loi hypothécaire rend inopposables aux tiers de bonne foi les actes soumis à la transcription tant que cette formalité n'a pas été accomplie. Or, comme l'enseignent les professeurs VAN RYN et HEENEN, «les créanciers subissent les effets des actes passés sans fraude par leur débiteur, sauf lorsque l'opposabilité de l'acte était légalement subordonnée à une formalité et que celle-ci fait défaut»⁽⁷⁴⁾. Dans cette hypothèse, l'acte leur est déclaré inopposable.

41. Les mêmes principes sont appliqués en cas de faillite. La jurisprudence de la Cour de cassation est constante sur ce point et est appliquée unanimement par les juridictions de fond⁽⁷⁵⁾. Pour reprendre les termes utilisés par la Cour de cassation, «la vente d'un immeuble, même si elle est constatée par un acte sous seing privé signé par le failli avant le jugement déclaratif de la faillite, n'est pas opposable à la masse des créanciers (...) lorsque l'acte n'a pas été transcrit au bureau compétent des hypothèques avant le jugement déclaratif de la faillite, à condition qu'ils aient 'contracté sans fraude' c'est-à-dire qu'ils n'aient pas eu connaissance de la vente non transcrite avant le jugement déclaratif de la faillite»⁽⁷⁶⁾.

La vente est déclarée inopposable à la masse des créanciers et au curateur. «Le curateur, comme tout tiers protégé, peut, selon son intérêt, se prévaloir du défaut de transcription ou invoquer l'existence de l'acte non transcrit»⁽⁷⁷⁾.

La vente sera considérée comme valable entre le vendeur en faillite et l'acquéreur mais elle sera inopposable aux tiers que sont les créanciers et le curateur⁽⁷⁸⁾, si elle n'a pas été transcrite avant le jugement de faillite. Le tiers qui a conclu avec le failli ne pourra rendre la vente opposable à la masse des créanciers et le notaire ne pourra procéder à la transcription de

(74) J. VAN RYN et J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, t. IV, Bruxelles, Bmylant, 1965, p. 238.

(75) V. les nombreuses références citées par P. COPPENS et F. T'KINT, «Examen de jurisprudence (1979 à 1983), Les faillites et les concordats», *R.C.J.B.*, 1984, p. 516; P. COPPENS et F. T'KINT, «Examen de jurisprudence (1984 à 1990), Les faillites et les concordats», *R.C.J.B.*, 1991, p. 469.

(76) Cass., 5 mars 1982, *Pas.*, 1982, I, p. 804.

(77) Cass., 26 janvier 1989, *J.L.M.B.*, 1989, p. 576.

(78) Selon une jurisprudence classique, le curateur était considéré comme un représentant des créanciers et du failli. C'était, dès lors, en sa qualité d'organe de la masse des créanciers (P. COPPENS et F. T'KINT, «Examen de jurisprudence (1974 à 1979), Les faillites et les concordats», *R.C.J.B.*, 1979, p. 319), que le curateur pouvait invoquer le caractère inopposable de la vente d'immeuble non transcrite. Cette conception a toutefois évolué et la Cour de cassation définit aujourd'hui le curateur comme un mandataire de justice agissant dans l'intérêt des créanciers et du failli (Cass., 2 mai 1994, *Bull.*, 1994, p. 433). Le curateur reste néanmoins un tiers à l'acte de vente.

l'acte authentique de vente⁽⁷⁹⁾, en raison du dessaisissement[^].

42. La circonstance que le prix de vente ait été payé n'influence en rien cette solution. Le candidat-acheteur qui aura payé soit un acompte soit encore la totalité du prix de vente ne pourra récupérer les sommes payées avant la faillite. Il disposera uniquement d'une créance envers le vendeur en faillite mais cette créance sera chirographaire et soumise au concours des créanciers.

S'il souhaite acquérir l'immeuble, il devra le faire dans le respect des règles strictes prévues par la loi sur les faillites pour la vente des immeubles et payer, une seconde fois, le prix de celui-ci.

43. Le curateur lui-même est sans pouvoir pour procéder à la passation de l'acte authentique de vente prévu par le compromis. Les règles qui régissent les ventes d'immeuble en cas de faillite sont, en effet, d'ordre public et le curateur ne peut y déroger[^](81).

Conformément à l'article 1190 du Code judiciaire, le principe est que la réalisation des immeubles du failli a lieu en vente publique. Ce n'est qu'à titre d'exception et si les conditions strictes prévues à l'article 1193ter du Code judiciaire sont remplies, que la vente de l'immeuble peut être réalisée de gré à gré par le curateur[^](82). Tel sera le cas lorsque la vente de gré à gré s'avère plus intéressante pour les créanciers. Il s'agira toutefois d'une nouvelle vente et non pas de l'exécution du compromis de vente préalablement conclu par le failli.

Par contre, le curateur peut procéder à la transcription de l'acte d'achat d'un immeuble passé par le failli. Si tel est le cas, il ne peut plus ultérieurement prétendre que cette vente doit être déclarée inopposable à la masse des créanciers. La transcription à laquelle il a fait procéder «couvre» l'inopposabilité. Comme l'enseignent les professeurs VAN RYN et HEENEN, «si le curateur revendique au profit de la masse une opération pour laquelle les formalités n'avaient pas été accomplies avant le dessaisissement, il ne peut plus se prévaloir de cette irrégularité»[^].

44. Nul n'est besoin d'insister sur le risque qu'en-court le candidat-acquéreur en cas d'insolvabilité du vendeur. Ainsi, et c'est là un nouveau paradoxe, la procédure d'octroi d'un *bodemattest* prévue par le décret flamand du 22 février 1995, qui vise notamment à protéger l'acquéreur[^](84), aboutit à lui faire courir un risque économique important en postposant la passation de l'acte authentique de vente et, partant, sa transcription jusqu'à l'issue de la procédure.

2. LA POURSUITE DES ACTIVITÉS PAR LE CURATEUR

45. La loi du 8 août 1997 sur les faillites maintient la possibilité pour le tribunal d'autoriser la poursuite temporaire des activités du failli. L'article 47, alinéa 1^{er}, dispose, en effet, que «si l'intérêt des créanciers le permet, le tribunal, statuant à la demande des curateurs ou de tout intéressé, sur le rapport du juge-commissaire, et après avoir entendu les curateurs et les

représentants du personnel au sein du conseil d'entreprise ou, à défaut, du comité pour la prévention et la protection du travail ou, à défaut, la délégation syndicale si celle-ci a été constituée ou, à défaut, une délégation du personnel, peut autoriser que les opérations commerciales du failli soient provisoirement, en tout ou partie, continuées par les curateurs ou sous la surveillance des curateurs par le failli ou par un tiers. A la requête des curateurs ou de tout intéressé et sur le rapport du juge-commissaire, le tribunal peut à tout moment modifier ou révoquer cette mesure».

Une telle disposition vise à permettre une réalisation de l'entreprise en *going concern* et à assurer la protection du maintien de l'outil économique. Elle témoigne du souci du législateur, exprimé plus clairement dans la législation sur le concordat judiciaire, de reconnaître le rôle social de l'entreprise et de l'appréhender comme faisant partie «d'un patrimoine économique qui dépasse celui des seuls actionnaires», comme «une source de prospérité et d'emploi, un vecteur de savoir-faire»[^]. Le rapport fait au nom de la Commission de la Justice du Sénat, lors des travaux préparatoires à la loi du 8 août 1997 sur les faillites, est explicite à cet égard: «le projet adopte une vision moderne du droit commercial, comprenant l'entreprise comme lieu de rencontre d'un certain nombre d'intérêts distincts. La faillite ne prend pas uniquement les intérêts économiques des créanciers en considération, mais également d'autres intérêts, de nature sociale et économique en général. En d'autres termes, il est tenu compte, de manière équilibrée, des intérêts combinés de la personne du failli, des créanciers, des travailleurs et de l'économie dans son ensemble»⁽⁸⁶⁾.

Cette continuation des activités est subordonnée, aux termes de l'article 47 précité, à la condition que l'intérêt des créanciers le permette. L'utilisation du terme «permettre» par le législateur n'est pas innocente. Il n'est pas nécessaire que l'intérêt des créanciers requiert la continuation des activités commerciales. Celle-ci peut être demandée par le curateur et autorisée par le tribunal pour tout autre motif, dont notamment le maintien de l'emploi dans la région. La seule limite est que cette continuation des activités ne doit pas être contraire à l'intérêt des créanciers. Le législateur opère ainsi une balance entre les intérêts des créanciers et ceux des autres composantes de l'entreprise⁽⁸⁷⁾.

(79) A. CLOQUET, *Novelles, Droit commercial, Les concordats et la faillite*, t. IV, Bruxelles, Larcier, 1985, p. 439.

(80) J. VAN RYN et J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, t. IV, Bruxelles, Bruylant, 1965, p. 238; I. VEROUGSTRAETE, *O.C.*, p. 337; A. ZENNER, *O.C.*, n° 367, p. 274.

(81) A. CLOQUET, *O.C.*, n° 2561, p. 737.

(82) L.-M. HENRION et C. VAN BUGGENHOUT, «La vente des immeubles de gré à gré: article 1193/ec du Code judiciaire», *R.D.C.*, 1990, p. 384.

(83) J. VAN RYN et J. HEENEN, *O.C.*, t. IV, p. 238.

(84) N. DEKNUDT et J.-F. LEDOUX, «L'assainissement du sol en Région flamande: des règles contraignantes pour la pratique notariale», *Rev. Not.*, 1996, p. 477.

(85) *Doc. pari.*, Ch. repr., sess. ord. 1996-1997, n° 329/17, p. 4.

(86) *Doc. pari.*, Sén., sess. ord. 1996-1997, n° 1-498/11, p. 10.

(87) I. VEROUGSTRAETE, *O.C.*, p. 341.

46. La poursuite des activités entraînera nécessairement d'importantes dépenses. Celles-ci étant exposées par le curateur dans le cadre de sa mission auront la qualité de dettes de masse⁽⁸⁸⁾. Si, dans le cadre de la poursuite des activités, des déchets sont produits par le curateur, l'enlèvement de ceux-ci constituera une dette de masse, même s'il est réalisé par l'autorité de contrôle compétente.

La question de l'étendue de l'obligation d'assainissement qui sera à charge de la masse est, par contre, plus complexe. Doit-on considérer qu'en poursuivant les activités, le curateur devient un exploitant ou un détenteur au sens de la législation environnementale et, partant, qu'il peut être tenu responsable de l'assainissement du site du failli? Nous ne le croyons pas.

Comme nous l'avons exposé ci-avant, la faillite n'entraîne pas de transfert de propriété du patrimoine du failli vers le curateur. Ce dernier ne fait qu'administrer un patrimoine qui conserve son existence propre. Une éventuelle poursuite des activités par le curateur n'a pas d'incidence sur cette situation. L'exploitant ou le détenteur restera le failli. Il nous semble, dès lors, qu'il serait inexact de tirer argument de la continuation des activités pour soutenir que le curateur deviendrait l'exploitant des activités industrielles ou autres du failli et, partant, que les dispositions environnementales imposant une réhabilitation du site lui seraient applicables.

47. Le nœud du problème nous paraît être ailleurs. La question est, à notre avis, de savoir si l'on peut opérer une distinction entre le passif environnemental antérieur à la faillite et celui qui est né postérieurement. En d'autres termes, la dette environnementale a-t-elle un caractère divisible ou non?

La question est importante car si la dette est divisible, seule la partie née durant la continuation des activités sera traitée comme une dette de masse. Par contre, si la dette n'est pas divisible, elle sera considérée pour le tout comme une dette de masse.

Il s'agit là, à notre sens, d'une question de fait qui doit être résolue selon les circonstances de l'espèce. Ainsi, si les déchets produits par la continuation des activités sont individualisés, seuls ceux-là devront être enlevés, aux frais de la masse, par le curateur. Si, par contre, les déchets ne peuvent être individualisés, l'obligation d'enlèvement devra, à notre avis, s'étendre à l'ensemble des déchets. Il en va de même lorsque la poursuite d'activités industrielles entraîne une pollution du sol ou du sous-sol ou des eaux avoisinantes. En pareille hypothèse, l'obligation d'assainissement nous semble difficilement divisible. Le curateur sera alors tenu d'assainir entièrement le sol ou le sous-sol pollué, peu importe qu'une partie de cette pollution remonte à une époque antérieure à la faillite.

On comprendra immédiatement à quel point la question est cruciale, notamment lorsque la pollution est historique. Le coût de réhabilitation d'un site pollué peut alors atteindre des montants particulièrement élevés. Si la dette doit être considérée comme indivisible et, partant, qualifiée de dette de masse pour sa totalité, les frais liés à la continuation d'activités se

révéleront probablement excessifs par rapport au bénéfice escompté. La conséquence doit en être que la continuation des activités ne peut pas être autorisée car celle-ci serait contraire à l'intérêt des créanciers.

Cette solution a des incidences importantes et qui pourraient même se révéler tragiques. L'expérience montre, en effet, que le maintien de l'entreprise en activité est souvent indispensable à la sauvegarde de l'activité industrielle précédemment exploitée par le failli. Cet objectif de maintien de l'emploi risque toutefois d'être mis à mal par les incidences environnementales d'une poursuite des activités. Celle-ci étant impossible en raison de l'importance du passif environnemental, les curateurs n'auraient plus d'alternative et se verraient contraints de démanteler l'outil industriel en vue de le réaliser, et ce au détriment des intérêts des travailleurs.

On voit là un bel exemple d'une situation où les intérêts, tous deux légitimes, poursuivis par le droit de la faillite et par le droit de l'environnement s'opposent⁽⁸⁹⁾. En l'espèce, *de lege lata*, l'objectif de protection de l'environnement primera celui du maintien de l'emploi. On peut toutefois s'interroger, *de lege ferenda*, sur le bien-fondé de cette solution.

IV. LES INCIDENCES DU DROIT DE L'ENVIRONNEMENT SUR LA PROCÉDURE DE FAILLITE

1. CHARGES ENVIRONNEMENTALES ET VALEUR DES BIENS DU FAILLI

48. L'importance des charges environnementales liées à la cession d'un site peut parfois aboutir à ce que la valeur de celui-ci se révèle soit dérisoire, soit encore négative.

Lorsque le coût d'assainissement du site est inférieur à sa valeur, le curateur se trouvera confronté à deux situations distinctes.

La première est celle où la législation applicable impose de réhabiliter le site avant de procéder à sa cession. Nous pensons ici notamment à l'arrêté du Gouvernement wallon du 4 mars 1999 et à l'arrêté du Gouvernement de Bruxelles-Capitale du 21 janvier 1999 sur les pompes à essence ou encore au *Bodemsaneringsdecreet* applicable en Région flamande. Le curateur procédera alors à l'assainissement du site pour pouvoir réaliser celui-ci et le coût des travaux sera considéré comme une dette de masse.

La seconde est l'hypothèse où les travaux d'assainissement ne doivent pas nécessairement être réalisés avant la cession mais la responsabilité de ceux-ci reposera sur le nouvel acquéreur du site. Ainsi, le maintien du permis d'environnement nécessaire à la poursuite des activités industrielles sur le site pourra

(88) Cass., 2 mai 1994, *Pas.*, 1994, I, p. 429.

(89) Le conflit entre les intérêts environnementaux et socio-économiques fait l'objet d'un intéressant débat en droit pénal de l'environnement sur l'application du concept d'état de nécessité. V., à cet égard, M. FAURE, «Les causes exonératoires en droit pénal de l'environnement», *Amén.*, 1995, pp. 22-25.

être soumis au respect de conditions qui devront être remplies par l'acquéreur. *A priori*, la situation ne paraît pas poser de problèmes particuliers. La difficulté réside dans le fait que l'acquéreur tiendra compte, dans l'évaluation du prix d'achat du site, du coût des travaux d'assainissement; ce qui pourrait aboutir à une situation paradoxale où une vente «par appartements» de l'entreprise permettrait d'obtenir un prix de réalisation plus élevé car seule la valeur brute des actifs cédés sera prise en compte à l'exclusion de toute obligation environnementale. Or, une telle vente ne permet pas d'assurer le maintien de l'activité industrielle et, partant, de l'emploi. On voit là un nouvel exemple de coexistence difficile entre le droit de la faillite et le droit de l'environnement où deux logiques distinctes, poursuivant chacune des valeurs légitimes, s'affrontent.

49. La situation est encore plus problématique lorsque la valeur d'un bien du failli devient négative en raison des charges environnementales. Que doit faire le curateur en pareille hypothèse? Doit-il procéder aux travaux d'assainissement du site de façon à pouvoir réaliser celui-ci? La solution serait contraire à l'intérêt des créanciers. Elle est, de plus, impraticable lorsque le curateur ne dispose pas d'actifs permettant de réaliser ces travaux.

Faut-il alors considérer que le curateur doit constater l'impossibilité devant laquelle il se trouve de réaliser le bien et y renoncer? Ce faisant, le curateur n'abandonnerait pas le site au sens de la législation environnementale et les dispositions particulières régissant cette question telles que l'article 49 du *Bodem-saneringsdecreet* ne trouveront pas à s'appliquer. Ce site resterait dans le patrimoine du failli et le curateur, en sa qualité de mandataire de justice, se limiterait à renoncer à le réaliser. Lors de la clôture de la faillite, le site litigieux resterait dans le patrimoine du failli.

50. Cette solution pose un problème de compatibilité avec les nouveaux principes régissant la matière de l'excusabilité du failli. Les effets de l'excusabilité du failli constituent une des innovations de la loi du 8 août 1997 sur les faillites⁽⁹⁰⁾. Inspirée de la doctrine américaine de la *fresh start*, l'excusabilité a pour objectif de donner une seconde chance au failli. Le principe, établi à l'article 82, alinéa 1^{er}, de la loi sur les faillites, est qu'en cas d'excusabilité, le failli est libéré de ses dettes passées et ne peut plus être poursuivi que pour ses dettes futures. Comme le soulignaient les travaux préparatoires, «l'excusabilité reste une mesure défaveur accordée au débiteur qui, notwithstanding sa faillite, peut être un partenaire commercial fiable dont le maintien en activité commerciale ou industrielle sert l'intérêt général»⁽⁹¹⁾.

Cette décision est prononcée par le tribunal de commerce, lors de la clôture de la faillite, après avoir entendu l'avis des créanciers et le rapport du juge-commissaire. La loi sur les faillites ne précise pas quelles sont les conditions que le failli doit remplir pour être excusable. Seul l'article 81 dispose que «ne peuvent être déclarés excusables les faillis ou la personne

morale faillie dont les administrateurs ont été condamnés pour infraction à l'article 489ter du Code pénal, pour vol, faux concussions, escroquerie ou abus de confiance, ni les dépositaires, tuteurs, administrateurs ou autres comptables, qui n'ont pas rendu et soldé leurs comptes en temps utile». Aucune autre indication n'est, par contre, fournie par la loi sur les faillites.

Le maintien d'un site dont le sol ou le sous-sol est pollué ou sur lequel se trouvent des déchets toxiques pourrait ainsi parfaitement être avancé pour refuser l'excusabilité au failli. La conséquence d'une décision d'inexcusabilité pour le failli personne physique est que celui-ci reste tenu de ses dettes passées. Par contre, et c'est là que se situe le problème, la décision d'inexcusabilité d'une personne morale met fin immédiatement à son existence. La société en faillite qui serait déclarée inexcusable est dissoute de plein droit. Quel sort faudrait-il alors réserver au site pollué qui n'a pu être réalisé par le curateur? Doit-il être considéré comme une *res communae* et, partant, devenir la propriété de l'Etat fédéral qui sera alors responsable de son assainissement?

51. La question est importante et la réponse n'apparaît pas clairement dans l'état actuel de la jurisprudence. Tant la position selon laquelle le curateur doit abandonner le bien concerné que celle selon laquelle il devrait nécessairement le réaliser nous paraissent défendables.

En effet, on peut soutenir que la mission du curateur est de réaliser tous les actifs du failli, même si leur valeur est négative. Les frais d'assainissement seront traités comme des frais de liquidation dont la masse doit supporter la charge. Si ces frais sont supérieurs à l'actif du failli, le curateur devrait, selon cette thèse, procéder à la clôture sommaire de la faillite conformément à l'article 73 de la loi sur les faillites. La solution est cohérente. Elle ne rencontre toutefois pas le critère de l'intérêt des créanciers dont le curateur, selon la jurisprudence de la Cour de cassation, doit défendre les intérêts.

La position inverse nous paraît tout aussi défendable. En sa qualité de mandataire de justice chargé d'administrer et de liquider le patrimoine du failli, le curateur pourrait constater l'impossibilité qu'il a de réaliser certains actifs ayant une valeur négative.

La question reste ouverte et devra être tranchée par la jurisprudence ou, le cas échéant, par le législateur.

(90) Th. BOSLY et C. VAN BUGGENHOUT, *O.C. R.D.C.*, 1998, pp. 223-224; G.A. DAL, «L'excusabilité du failli», *Le nouveau droit du concordat judiciaire et de la faillite: les lois des 17 juillet et 8 août 1997*, Bruxelles, Bruylant, 1997, p. 171; Y. DUMON, «La faillite et le concordat judiciaire: la réforme de 1997», *J.T.*, 1997, p. 803; J.P. RENARD et E. CUSAS, «Le nouveau droit du concordat et de la faillite», Diegem, Kluwer Editions Juridiques Belgique, 1997, p. 179; J. VERLINDEN, «Overzicht van de nieuwe wetten betreffende het faillissement en het gerechtelijk akkoord», *T.R.V.*, 1998, p. 18; J. WINDEY, «L'excusabilité du failli», *R.D.C.*, 1999, pp. 168-178.

(91) *Doc. pari.*, Ch. repr., sess. extr. 1991-1992, n° 631/1, p. 41.

52. Les règles prévues par le *Bodemsaneringsdecreet* ont des incidences pratiques sur la liquidation des sociétés faillies ayant des actifs immobiliers en Flandre. Les curateurs sont, en effet, tenus de respecter la procédure de délivrance du *bodemattest* et, le cas échéant, d'effectuer aux frais de la masse les travaux d'assainissement requis par l'OVAM en cas de cession de l'entreprise et de ses immeubles. Ne fût-ce qu'à cet égard, le droit de l'environnement a ainsi une influence notable sur le déroulement de la procédure de faillite.

L'expérience récente a toutefois mis en évidence d'autres incidences, plus insoupçonnées et plus dommageables, de cette procédure sur la réalisation des actifs du failli.

Celles-ci résultent du fait que, jusqu'à l'issue de la procédure de délivrance du *bodemattest*, l'acte authentique de vente de l'immeuble concerné ne peut être passé. Seul un compromis de vente sous condition suspensive de l'octroi du *bodemattest* peut être conclu entre vendeur et acquéreur.

Ce délai, qui peut parfois être de plusieurs mois, ne pose pas de problèmes spécifiques lorsque l'entreprise est en situation de continuité. Il en va toutefois autrement lorsque l'entreprise est en faillite. En effet, en pareille hypothèse, le principe est que les activités de l'entreprise sont arrêtées. Les curateurs ne peuvent continuer les activités de l'entreprise que de façon temporaire et sous le respect des conditions prévues à l'article 47 de la loi sur les faillites.

L'arrêt des activités durant la période du délai d'attente imposé par le *bodemsaneringsdecreet* pourrait avoir pour conséquence de faire perdre toute valeur aux divers éléments immatériels du fonds de commerce tels la clientèle, le nom commercial, le réseau de distribution, le *know-how*, etc., alors que ceux-ci sont souvent un élément déterminant de la volonté de l'acquéreur.

53. La fonction des curateurs n'étant pas d'être un «chef d'entreprise», il paraît difficilement concevable de les charger d'exploiter l'usine du failli durant la période nécessaire à l'octroi du *bodemattest*. Le palliatif imaginé par la pratique a été de permettre au candidat-acquéreur d'exploiter l'usine durant cette période nécessaire, par le biais d'une location-gérance.

L'idée est manifestement intéressante. Elle présente toutefois l'inconvénient de laisser les actifs du failli aux mains d'un tiers et de lui donner accès à toutes les informations relatives à l'entreprise à une époque où la

cession de l'entreprise à ce tiers n'est pas encore définitive. Le risque - et des exemples récents nous démontrent qu'il n'est pas uniquement théorique - est que ce tiers ne s'approprie les actifs les plus importants de la faillite (clientèle, réseau de distribution, *know-how*, etc.) avant de renoncer à acquérir l'entreprise.

V. CONCLUSION

La coexistence entre le droit de la faillite et le droit de l'environnement pose d'importants problèmes théoriques et pratiques.

Ainsi, si l'application des règles établies par la jurisprudence de la Cour de cassation en matière de dettes de masse ne pose plus guère de difficultés en matière commerciale, il en va autrement en matière environnementale. Bien que certains acquis puissent être déduits des rares décisions rendues en la matière, de nombreux points restent encore en suspens et la jurisprudence reste divisée sur d'autres. Une explication à ces difficultés peut, à notre avis, être trouvée dans le fait que la notion de «dette» au sens du droit de la faillite s'applique mal aux obligations environnementales, sous réserve de l'hypothèse spécifique où l'autorité publique s'est substituée à l'entrepreneur défaillant.

Les incidences respectives des règles applicables en matière environnementale et en matière de faillite, l'une à l'égard de l'autre, sont tout aussi problématiques. La volonté du législateur environnemental d'assurer, à tout prix, la protection de l'environnement va ainsi souvent à l'encontre des intérêts des créanciers de l'entreprise faillie ou de ses travailleurs.

En l'absence de législation spécifique régissant la matière, la jurisprudence ne peut qu'essayer de résoudre au cas par cas les questions qui lui sont soumises. Le danger est que cette situation implique, pour les Cours et tribunaux, de devoir trancher des conflits entre les valeurs défendues par le droit de l'environnement et par le droit de la faillite. Or, tel n'est pas le rôle du pouvoir judiciaire.

Il s'agit là d'une fonction qui est naturellement impartie au pouvoir législatif. Dans un Etat démocratique comme le nôtre, les choix de Société sont opérés par les Chambres législatives. La définition des modalités de coexistence entre le droit de l'environnement et le droit de la faillite relèvent, à notre avis, de cette catégorie. Le législateur canadien l'a parfaitement compris puisqu'il a adopté une législation spécifique régissant la matière. Nous ne pouvons qu'espérer que le législateur belge suive cet exemple.